



UPDATE VERGABERECHT

INFORMATIONSD- UND WARTEPFLICHT IM UNTERSCHWELLENBEREICH!?

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.12.2017 – 27 U 25/17

Die Stadt S beabsichtigte, ein ehemaliges Freibadgelände dem gemeinnützigen Verein V zu überlassen; dieser sollte die vorhandenen Freizeitanlagen ausbauen, unterhalten und der Öffentlichkeit zur Verfügung stellen. Die Antragstellerin A beantragte den Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen S, mit der dieser untersagt werden sollte, einen entsprechenden Vertrag ohne vorherige Durchführung eines transparenten Auswahlverfahrens abzuschließen. Das Landgericht wies den Antrag zurück, woraufhin S den Vertrag mit V abschloss. Per Berufung verfolgte A ihr Begehren weiter und beantragte, S die Grundstücksüberlassung zu untersagen.

Das OLG weist die Berufung mangels Rechtsschutzinteresses der A zurück; diese habe ein eigenes Interesse am Vertragsschluss nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Im Übrigen führt das OLG aus, dass es tatsächlich eines Vergabeverfahrens bedurft hätte. Der Vertrag stelle eine Dienstleistungskonzession dar, die auch unterhalb der EU-Schwellenwerte transparent und diskriminierungsfrei zu vergeben sei. Zudem käme eine Nichtigkeit des Vertrags in Betracht, da S die A weder vorab über den beabsichtigten Vertragsschluss informiert noch im Anschluss eine angemessene Wartefrist eingehalten habe. Auch im Unterschwellenbereich sprächen gewichtige Gründe dafür, zur Gewährleistung des in allen Verfassungen der EU-Mitgliedsstaaten verankerten Gebots eines effektiven und vollständigen Rechtsschutzes eine solche Informations- und Wartepflicht für den öffentlichen Auftraggeber zu verlangen. Entsprechende Grundsätze zur Gewährung von Primärrechtsschutz habe die Rechtsprechung in anderen Bereichen, z. B. bei beamtenrechtlichen Beförderungen oder der Vergabe von Wochenmarktveranstaltungen, anerkannt. Bei Fortführung dieser Grundsätze müsste ein unter Verstoß gegen die Informations- und Wartepflicht geschlossener Vertrag gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein ungeschriebenes Gesetz als nichtig eingestuft werden.

Bedeutung für die Praxis:

Von einigen Landesgesetzen abgesehen besteht derzeit im Unterschwellenbereich keine ausdrückliche Verpflichtung zur Vorinformation nebst Einhaltung einer Zuschlagswartefrist. Auch die UVgO sieht ein derartiges Rechtsinstitut nicht vor. Die vorliegend nicht entscheidungstragenden Erwägungen des OLG (sog. „obiter dictum“) überraschen, zumal das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2006 die unterschiedliche gesetzliche Ausgestaltung des Primärrechtsschutzes im Vergaberecht für verfassungsgemäß gehalten hat. Inwieweit die künftige Rechtsprechung dem OLG folgen wird, bleibt abzuwarten; gleiches gilt mit Blick auf die Frage, wie (ggf. Anlehnung an § 134 GWB?) dann z. B. entsprechende Fristen auszugestalten wären.